

국제심포지엄

일본군 '위안부' 문제와 '책임'

주최: 여성가족부, 경북대학교 법학연구원

주관: 일본군 '위안부' 연구회, 서울대학교 공익인권법센터

일시: 2018.8.13.(월) 09:30-18:00

장소: 서울대학교 아시아연구소 영원홀

「위안부」 소송에서의 주권면제

야마모토 세이타(山本晴太; 변호사)

I 들어가며

주권면제란 주권국가가 타국의 재판권에 따르는 것을 면제받는다든 관습국제법상의 규칙이다. 예전에는 주권평등의 원칙으로부터 도출되는 절대적인 원칙으로 여겨졌으나(절대면제주의), 국가에 의한 상업행위가 발전함에 따라 현재는 주권행위에는 주권면제가 적용되지만, 업무관리행위에는 적용되지 않는다고 이해되고 있다(제한면제주의, 대법원 1998.12.17. 판결, 일본 최고재판소 2006.7.12. 판결).

그러나 전쟁행위는 전형적인 주권행위라고 이해되어왔던 사정도 있어, 전후보상재판에서 주권면제는 넘을 수 없는 벽이라 인식되어, 피해자 국가의 법원에 가해국을 피고로 하는 소송이 제기되는 경우는 거의 없었다.¹⁾

1990년대에 이르러서야 유럽 각국에서 독일을 피고로 하는 소송이 제기되었으며, 그리스나 이탈리아에서는 원고가 승소했다. 그러나 독일은 이탈리아가 주권면제를 인정하지 않는 것은 국제법위반이라고 하여 국제사법재판소(ICJ)에 제소했으며, 2012년 2월 3일의 ICJ판결²⁾은 독일의 청구를 인용했다. 한편 한국에서는 2016년에 일본군 '위안부' 피해자가 일본을 피고로 하여 2건의 소송을 제기하여(그 중 1건은 조정에서 이행됨), 주권면제의 문제가 현실화되었다.

그래서 본고에서는 유럽의 경험을 근거로, 한국의 '위안부' 피해자가 주권면제의 벽을 뛰어넘을 수 있는 가능성에 관하여 검토한다.

또한 주권면제의 범위를 정하는 조약으로서, 1972년 유럽국가면제조약, 2004년 국제연합국가면제조약이 있는데, 전자는 가맹국이 8개국에 불과하며, 후자는 아직 발효되지 않은 상황이다.³⁾ 또 일본을 포함한 10개국에 주권면제의 범위를 정하는 국내법이 있다. 한국에는 이런 국내법이 없으며, 주권면제를 인정할 것인가 여부는 관습국제법에 근거하여 결정된다.

1) 예를 들면 원폭피해자와 시베리아역류피해자는 미합중국이나 소비에트연방에 대해서가 아니라, 계약에 의해 배상청구권을 포기했다고 하여 일본국에 보상을 청구했다. 또 일본의 재판소에서 일본국 및 기업(新日鉄, 三菱)에 배상을 청구했던 한국인강제징용피해자들은, 한국의 법원에 제소하면서 피고를 기업에 한정했다.

2) <http://www.icj-cij.org/en/case/143>에 판결을 포함하는 소송자료의 프랑스어·영어 원문. <http://justice.skr.jp/>에 판결(다수의견, 반대의견, 개별의견)의 일본어·한국어 줄역.

3) 30개국의 비준으로 발효했는데, 현재의 비준국은 13개국이다.

II · 유럽의 전후보상재판과 주권면제

1. 독일의 보상제도로부터 배제된 피해자⁴⁾

독일은 제2차 세계대전의 피해를 '보상'의 대상과 '배상'의 대상으로 분류했다. 전자는 유대인학살로 대표되는 인종, 종교, 세계관, 정치적 반대를 이유로 하는 '나치의 불법'에 의한 박해의 피해이며, '도의적 책임을 완수하기 위해' 연방보상법 등의 국내법을 제정했다. 후자는 무력분쟁시의 민간인학살이나 강제노동 등 일반전쟁행위에 의한 피해이며, 1953년의 런던채무협정에 의해, 평화조약이 체결되어 배상이 최종적으로 해결될 때까지 해결이 유예되었다고 하여 방치했다. 1990년 9월, 동서독 통일을 앞두고 독일 관련 최종해결에 관한 조약(소위 2+4조약)이 체결되자, 이를 런던채무협정의 유예기간을 종료시키는 평화조약으로 인정하는 재판례도 나타나고, 각국의 피해자에 의한 배상청구가 재연하였으며, 미국 법원에서 독일기업에 대한 집단소송을 계기로 하여 2000년에 「기억·책임·미래」기금이 발족되었다. 그러나 이 기금은 전쟁포로를 대상에서 제외하여, 독일군의 포로가 되어 이송되고 강제노동에 종사했던 이탈리아군인수용자는 당시 본래 받아야 했던 전쟁포로로서의 대우를 부정당했음에도 불구하고, 전쟁포로라는 이유로 기금의 지급대상으로부터 배제되었다.⁵⁾

이렇게 해서 많은 피해자가 보상으로부터 배제된 채 남겨졌다. 독일 법원에 제소했던 피해자는, 국제법을 근거로 하는 청구는 개인은 국제법의 주체가 아니라고 하여 부정되고, 국내법에 의한 청구는 전시에는 일반불법행위법은 적용되지 않고 보상국내법의 요건에도 해당하지 않는다고 하여 부정되었다.

2. 자국 법원에의 제소

그래서 자국 법원에 독일을 피고로 하여 제소하는 피해자의 움직임이 시작되었다. ICJ 판결의 사실인정에 의하면, 벨기에, 슬로베니아, 그리스, 폴란드, 이탈리아, 프랑스, 세르비아, 브라질 각국의 법원에 이런 소송이 제기되었다.⁶⁾ 이 중 대부분의 소송은 주권면제를 이유로 기각되었지만, 그리스와 이탈리아의 국내재판소에서는 다른 전개가 있었다.

4) 이하, 독일의 보상제도 및 독일에서의 소송경위에 관해서는, 山田敏之 「ドイツの補償制度」 国立国会図書館 外国の立法 34卷3・4号(1996), 葛谷彩 「ナチス時代の強制労働者補償問題」 愛知教育大学地域社会システム講座社会科学論集(49)(2011), 山手治之 「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟(1)」 京都学園法学 2005年 第2・3号, 同(2) 京都学園法学 2006年 第3号.

5) 이 조치에 관해서는 ICJ다수의견도 '놀랄만한 일이며 유감이다'라고 서술하고 있다(99면).

6) ICJ다수의견 73, 74면.

3. 디스토모사건소송 그리스대법원 판결

그리스에서는 독일점령하인 1944년에 독일군이 빨치산부대에 의한 공격에 대한 보복으로 무고한 민간인 214명을 학살한 디스토모(Distomo)사건⁷⁾의 피해자유족이 독일에 배상을 요구하며 1995년에 1심법원에 제소했다. 독일은 소장의 수령을 거부하고 출두하지 않았지만, 1심법원은 주권면제를 부정하고 소송절차를 진행하여, 1997년 9월 25일에 원고 등의 청구를 인용했다. 이 단계에 이르러 독일은 응소하여 상소했는데, 2000년 5월 4일, 그리스대법원은 법정지국(法廷地國) 영역 내에서의 불법행위에는 주권면제를 적용할 필요가 없다는 불법행위에외(tort exception)를 관습국제법으로 인정하여, 본건과 같은 살육행위는 무력분쟁의 카테고리에 포함되지 않으며, 강행규범에 위반한 독일은 주권면제를 묵시적으로 포기했다고 하여 독일의 상고를 기각했다.⁸⁾

4. 페리니사건 등 이탈리아 파훼원 판결

이탈리아에서는 제2차 세계대전 중에 이탈리아에서 포로가 되어 독일에서 강제노동에 종사했던 페리니(Ferrini)가 1998년에 독일에 배상을 요구하며 제소했다. 하급심은 주권면제에 의해 각하했지만, 2004년 3월 11일, 파훼원(최고법원)은 국제범죄에는 주권면제의 적용은 없다고 하여 원판결을 파기하여 1심으로 환송했다. 1심은 시효에 의해 청구를 기각했지만, 항소심에서 원고의 청구가 인용되고 파기원에서 확정되었다. 페리니사건 환송판결을 알게 된 이탈리아군인수용자를 포함한 다수의 피해자는 동종의 소송을 이탈리아 국내법원에 제기하여, 1943년에 치비텔라(Civitella)에서 독일군이 자행했던 203인의 민간인학살사건에 관한 나치친위대원의 형사사건을 심리하고 있었던 군사법원도 독일에 대한 손해배상을 청구하는 부대사소(附帶私訴 · Parte civile)를 인용하고, 이것도 파훼원에서 확정되었다.⁹⁾

5. 디스토모사건 원고들에 의한 강제집행

한편, 그리스에서 승소한 디스토모사건 원고들은 법무장관의 부동의(不同意)에 의해 그리스국내에서의 집행을 방해받게 되고, 독일에서의 집행이나 유럽인권재판소에 제소를 시도했으나 성공하지 못했다. 그래서 2005년에 이탈리아에서의 집행을 승인을 청구하여 제소하고, 2007년에 피렌체공소법원은 이를 인정하여, 원고들은 독일이 이탈리아 국내에 소유하는 문화시설 빌라 비고니(Villa Vigoni)에 재판상의 저당권을 설정했다.¹⁰⁾

7) ICJ 칸사도 트린다드 반대의견 185~186면.

8) 전계 山手(1).

9) ICJ다수의견 27~29면.

10) ICJ다수의견 30면 이하, 게재 山手(1)

Ⅲ · ICJ주권면제사건(독일 대 이탈리아)

1. 독일의 제소

이탈리아의 소송절차에서 물리게 된 독일은, 2008년 12월 23일, 이탈리아법원에 의한 일련의 주권면제부정은 독일에 주권면제를 부여하는 관습국제법상의 의무에 위반하는 것이라고 하여, 이탈리아의 국제법위반의 확인, 독일의 주권면제를 침해하는 결정을 무효로 하는 조치, 장래의 동종사건에서 주권면제를 부정하지 않도록 하는 보증조치를 요구하며 ICJ에 제소했다. 이탈리아는 유럽인권조약에 근거하는 ICJ의 관할권을 인정하여 응소하고, 그리스는 비당사자로서 소송참가했다.

2. 재판의 쟁점

독일의 청구에 대하여 이탈리아는 주로 다음 두 가지 항변을 주장하여, 이것이 본건의 주요한 쟁점이 되었다.

(1) 불법행위예외

불법행위예외는 주로 외교관에 의한 교통사고 등을 처리할 필요에서 생겨난 주권면제의 예외이다. 법정지국의 영역 내에서 외국의 불법행위에 의한 인신상해 및 재물손괴에 관한 금전배상청구소송에서는 주권면제를 인정하지 않는다는 취지의 국내판례가 1960년대부터 축적되고, 주권면제의 범위를 정하는 국내법이 있는 10개국 중 일본의 대외국민사재판권법(對外國民事裁判權法) 제10조를 포함하는 9개국의 법률과 유럽국가면제조약 제11조 및 국제연합국가면제조약 제12조에도 마찬가지로의 규정이 채택되었다.

이탈리아는 이 규칙이 이미 관습국제법으로 되어 있으며, 이탈리아 영내에서 행해진 독일군의 행위에 관하여 이탈리아법원이 독일에 주권면제를 적용할 의무는 없다고 주장했다. 이에 대하여 독일은 불법행위예외는 아직 관습국제법이라고는 할 수 없으며, 가령 관습국제법이라고 해도 군대의 행위에는 주권면제를 적용한다는 (예외의 예외로서의) 관습국제법이 존재한다고 반론했다. (쟁점①)

(2) 중대한 위반, 강행규범, 최후의 수단

이탈리아는 본건이 독일의 불법행위가 국제인도법에 대한 중대한 위반이라는 것, 위반한 규범이 강행규범(Jus Cogens)이라는 것, 그리고 국내법원이 피해자가 이용할 수 있는 최후의 구제수단이라는 것을 이유로 주권면제는 적용되지 않는다고 주장했다. 이탈리아가 주장하는 3가지의 요소를 연결하는 고리는 재판을 받을 권리이다. 이탈리아는 국제연

합헌장, 유럽인권조약, 이탈리아헌법에 의해 영역 내에서 재판받을 권리를 보장하는 의무를 진다. 특히 피해가 강행규범에 위반하는 중대한 인권침해이며, 피해자가 이용할 수 있는 다른 구제절차가 존재하지 않는 경우에는 재판받을 권리를 보장하기 위해 주권면제의 적용을 배제하지 않으면 안 된다는 것이 이탈리아의 주장이다.¹¹⁾ 독일은 이에 관해서도 그런 관습국제법은 성립되어 있지 않다고 주장했다. (쟁점②)

3. 판결(다수의견)의 판단

2012년 2월 3일, ICJ는 오와다 히사시(小和田恆) 소장을 비롯한 12명의 재판관에 의한 다수의견으로 장래의 보증을 제외한 독일의 청구의 대부분을 인용했다. 쟁점①에 관해서는, 불법행위에외가 관습국제법인가 여부는 판단하지 않고, 각국의 국가실행(국내판례나 국내법)이나 조약의 문언 등으로부터, 적어도 무력분쟁수행과정에서의 군대의 행위에 관해서는 주권면제를 적용한다는 관습국제법이 존재한다고 했다. 쟁점②에 관해서는 3가지의 요소를 분해하여, 각각에 관하여 국가실행 등의 조사를 근거로 이탈리아의 주장에 부합하는 관습국제법의 존재를 부정했다.

또한 이탈리아 출신인 가야(Giorgio Gaja) 특임재판관은 쟁점①에 관하여, 소말리아 출신 유수프(Abdulqawi Ahmed Yusuf) 재판관과 브라질 출신 칸사도 트린다드(Antônio Augusto Cançado Trindade) 재판관은 주로 쟁점②에 관하여 반대의견을 진술했다.

다수의견은 학설을 거의 배려하지 않고, 각국의 국가실행을 조사하여 상대다수에 의해 관습국제법을 설정한다는 방식을 취했다. 이 방식에 의하면 발전단계의 국제관습법에 관해서는 늘 부정적(보수적)인 결론에 도달하게 된다. 또 유수프재판관도 반대의견에서 지적하고 있듯이, 국가실행의 조사 자체가 체리피킹(결론을 위해 형편에 맞는 사례의 추출)이라는 비판도 있다.

4. 판결 이후 이탈리아의 대응

ICJ판결을 받아들여 이탈리아파워원은 판결을 변경하여 이탈리아법원의 관할권을 부정했다. 또 국회도 2013년 1월, ICJ판결을 받아들이기 위해, 동종의 사건이 계속(係屬)하는 법원에 직권으로 관할권의 결여를 선언할 것을 의무로 하는, 확정판결의 재심사유에 관할권의 결여를 추가하는 법률을 제정했다. 그러나 헌법재판소는 상기의 법률은 이탈리아 헌법이 보장하는 재판받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라고 판시했다. (2014년 10월 22일 이탈리아헌법재판소 판결).¹²⁾

11) ICJ유수프 반대의견 7~9면.

12) https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf에 영역, <http://justice.skr.jp/>에 일본어·한국어 줄역.

IV · 한국 '위안부' 피해자소송과 주권면제

1. ICJ판결의 사정(射程)

독일-이탈리아의 경우와는 달리 한국-일본 사이에는 분쟁을 ICJ에 부탁할 조약상의 근거가 없고, 장래적으로 한일의 전후보상문제가 ICJ에서 다루어질 가능성은 적다. 또 ICJ 규정 제59조는 '재판소의 재판은, 당사자간에 또 그 특정의 사건에 관해서만 구속력을 가진다'고 규정하고 있어, 이 판결이 비당사국인 한국에서 소송에 직접 효력을 미치는 것은 아니다. 게다가 다수의견은 국내판례 등의 국가실행의 상대다수에 의해 현시점에서의 관습국제법을 인정하는 것에 지나지 않으며, 금후의 국제법의 발전에 따라 ICJ판결의 취지와 다른 국내판결이 나타나리라는 것은 상정할 수 있다.

다만 ICJ판결은 거기서 전개된 주장이나 논리를 포함하여 관습국제법을 인정하는데 중요한 자료로 되기 때문에, 한국의 법원이 이를 완전히 무시하는 것은 불가하다. 한편 일본군 '위안부' 피해자를 둘러싼 사실관계에서는 ICJ판결의 케이스와는 다른 규칙이 적용될 수 있다고 한다면, 그 규칙에 관한 관습국제법을 탐구할 필요가 있다. 가령 안정적인 관습국제법이 발견되지 않는 경우에는 이른바 그레이존으로서 국내재판소가 그 권한 내에서 법과 조리에 따라 결정할 수 있는 것으로 될 것이다.¹³⁾

그래서 한국과 일본을 둘러싼 사실관계에서 ICJ판결의 논리를 재검토할 필요가 있다.

2. 불법행위예외(쟁점①)에 관하여

ICJ판결은 불법행위예외에 관하여 판단하지 않았지만, 앞에서 서술했듯이 많은 국가의 재판례, 국내법, 조약이 이 규칙을 인정하고 있어, 이것이 관습국제법이라는 것은 부정하기 어려울 것이다. 특히 일본의 대외국민사재판권법 제10조가 불법행위예외를 채택하고 있으며, 한국이 일본국내에서 불법행위에 의해 인신이나 재물에 손해를 주어, 손해배상 청구소송의 피고로 된 경우에는 주권면제가 부정되기 때문에, 상호주의적 관점으로부터도 한국법원은 불법행위예외를 인정할 수 있다고 생각된다.¹⁴⁾

그리고 일본군 '위안부' 피해자에 대한 가해행위의 일부(기망 또는 강제에 의한 연행)는 많은 경우 한국의 영역내를 기점으로 하여 행해졌고, 법정지국 영역내의 불법행위이다.

그래서 ICJ판결이 인정한 '무력분쟁수행과정에서' '국가의 군대에 의한 행위'에는 주권

13) ICJ 유수프 반대의견 47~48면, 가야 반대의견 9면이 그레이존에 관하여 언급하고 있다.

14) 서울민사지방법원 1994.6.22. 판결은 미국을 피고로 하는 계약상의 과실에 의한 손해배상사건에 관하여, 미국의 외국주권면제가 상업활동이나 미국내의 불법행위를 면제로부터 제외하고 있다는 것, 실제로 미국에서 대한민국을 피고로 하는 민사소송에서 면제를 부정한 예가 있다는 것을 이유로 면제를 부정했다.

면제가 적용된다는 관습국제법¹⁵⁾이 문제된다. 영역국의 동의 없이 침입한 외국군대의 행위에 관하여 주권면제를 인정하는 것의 합리성에 관해서는 가야 재판관의 반대의견¹⁶⁾을 비롯하여 많은 비판이 있지만, 일반적으로는 ‘무력분쟁시에는 예기하기 어려운 손해가 발생하여, 통상의 사법절차로는 처리할 수 없다’는 것이 긍정론의 근거일 것이다.¹⁷⁾ 그렇다면 ‘무력분쟁수행과정’이란 법적 개념이 아니라 사실적 개념이며,¹⁸⁾ 복수의 무장세력이 실재하여 무력충돌이 발생하고 있다는 사실상의 상태를 의미한다고 생각된다. 그리고 많은 피해자가 연행되었던 1930~40년대의 한반도에는 국경지대를 제외하고 일본군에게 적대하는 무장세력은 존재하지 않았기 때문에, 이탈리아의 케이스와는 달리, 이런 의미에서 ‘무력분쟁의 수행과정’이라고는 할 수 없다.

따라서 가령 쟁점①에 관하여 ICJ판결 다수의견의 입장에 선다고 해도, 한국의 일본군 ‘위안부’ 피해자의 케이스에는 다수의견이 인정했던 관습국제법은 적용되지 않으며, 불법행위예외의 적용에 의해 주권면제를 부정하는 것이 가능하다.

3. 재판을 받을 권리(쟁점②)에 관하여

(1) 재판을 받을 권리보장의 의무

국제인권규약(자유권규약) 제14조 제1항에는 유럽인권조약 제6조 제1항과 유사한 규정이 있으며, 한국도 국제연합헌장, 국제인권규약, 한국헌법에 의해 이탈리아와 마찬가지로 재판을 받을 권리를 보장할 의무를 지고 있다.

더구나 헌법재판소 2011년 8월 30일 결정은 일본군 ‘위안부’ 피해자들에 대한 한국정부의 ‘가장 근본적인 보호의무’를 인정하고,¹⁹⁾ 그 근거의 하나인 헌법 10조는 ‘모든 국가기관을 구속’한다고 판시하고 있으므로, 법원 자체가 피해자에 대한 사법보호를 실현할 의무를 지고 있다고 할 수 있다.

(2) 재판을 받을 권리와 주권면제의 국제법

- i · ICJ의 다수의견에 의한 형식적 검토에서는 무시되고 있지만, 재판을 받을 권리와

15) ICJ다수의견 78면.

16) ICJ 가야 반대의견 제9면.

17) 예를 들면 坂卷静佳 「『国際司法裁判所』『国家の裁判権免除』事件・判決の射程と意義」 国際法研究 創刊 第1号(2003)

18) 따라서 일본에 의한 지배가 강점이라는 법률적 논의와는 관계 없다.

19) ‘비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다.’

주권면제의 관계에 관해서는 아래에 기술하는 것처럼 적지 않은 국제판례와 국가실행이 존재한다.

ii 실효적인 대체수단을 요구하는 유럽의 판례

유럽인권재판소 Weite & Kennedy사건판결(1999년)에서는, 유럽우주기판의 재판권면제에 관하여, 재판을 받을 권리는 그 권리를 실효적으로 보호하기 위한 합리적인 대체수단을 당사자가 이용할 수 있었던 경우에만 제약할 수 있다고 판시하여,²⁰⁾ 그 후 벨기에, 프랑스 등에서 당사자가 이용할 수 있었던 수단을 구체적으로 검토한 뒤 국제기구의 면제를 부정하는 국내판례가 나타나게 되었다.²¹⁾

유럽인권재판소는 국가에 관한 사건에 대해서는 국제기구에 관한 사건과는 달리 주권면제에 의한 재판을 받을 권리의 제약을 넓게 인정하고 있는데(예를 들면 2001년 알 아드사니[Al-Adsani]사건), 이는 통상의 주권국가는 당사자가 이용할 수 있는 사법제도를 갖추고 있다는 것을 전제로 하고 있기 때문이다. 국제기구의 주권면제는 관습국제법에서가 아니라 오로지 조약을 근거로 한다는 것, 국가와 같이 상호의 관계에서가 아닐 것 등, 국가의 경우와는 상위점이 있으나, 재판을 받을 권리와 주권면제의 조정에 관한 논리는 본질적으로 다른 것은 아니다.²²⁾ 오히려 국제기구와 고용계약을 체결한 국제공무원의 노동문제와, 인도에 반하는 죄의 피해자로서 생명이나 인격을 침해받은 자에게는, 명확하게 후자의 보호필요성이 높을 것이다.

iii '테러지원국가'의 면제를 부정한 미국의 외국주권면제법 개정

또 ICJ다수의견에서는 '타국의 입법례를 볼 수 없다'고 하여 무시되었지만,²³⁾ 미국에서는 1996년에 외국주권면제법을 개정하고, 미국정부가 테러지원국가라고 인정한 국가에 대해서는 고문이나 초법규적 살해 등의 행위에 관해서는 주권면제를 인정하지 않는 것으로 했다. 가령 이 법률이 국제법상 정당화될 수 있다고 한다면, '테러지원국가'에는 테러피해자를 구제할 사법제도가 통상 갖추어져 있지 않다는 것을 이유로 할 수밖에 없을 것이다.

iv 이들 국제판례나 국가실행은 주권국가에 당사자가 이용할 수 있는 사법제도가 갖추

20) ICJ 유수프 반대의견 제29면.

21) 黒神直純 「国際機構の免除と国際公務員の身分保障」 信山社 「普遍的国際社会への法の挑戦」 (2013) 소수 641면.

22) 유럽인권재판소는 2013년에 국제연합의 평화유지활동에 관한 Stichting Mothers of Srebrenica사건에서 ICJ주권면제판결을 인용하고, 상기의 대체성테스트를 행하지 않고 주권면제를 긍정했다. Weite & Kennedy사건과의 모순이 지적되지만, 역으로 재판을 받을 권리와 의 관계에서 국제기구와 국가가 본질적으로 다른 것이 없다는 점을 보여줬다고 할 수 있을 것이다. 이 사건에 관하여, 岡田陽平 「国際機構の裁判権免除と裁判を受ける権利」 国際協力論集 24卷 2号(2017), 水島朋則 「国際司法裁判所の主権免除事件判決による現代国際法の発展」 三省堂 「国際裁判と現代国際法の展開」(2014) 소수 288면.

23) ICJ다수의견 88면.

어져 있지 않다는 예외적인 경우에 관해서는 주권면제의 부정이 허용될 수 있다고 하는 해석이 가능하다는 점을 제시하고 있다. 단 이 문제에 관하여 안정된 관습국제법이 존재한다고는 할 수 없고, 앞에서 기술한 '그레이존'에 속하는 분야로서 국내법원에 맡겨져 있다고 생각된다.

(3) 외국인피해자의 재판비용을 거부한 2007.4.27. 일본 최고재판소 판결

이 점에 있어, 중국인 '위안부' 사건과 니시마츠(西松)건설 중국인강제연행·강제노동소송에 관한 일본 최고재판소 판결²⁴⁾은 중요하다. 이 판결에서 최고재는 개인의 청구권의 해결을 민사재판상의 권리행사에 맡기면 장래 예측하기 어려운 혼란을 초래하고, 평화조약의 목적달성의 방해로 될 우려가 있으므로, 개인의 청구권에 관하여 민사재판상 권리행사를 불가능하게 하는 것이 '샌프란시스코평화조약의 처리방식'이며, 중일공동성명도 이 처리방식 속에 있으므로, 이 조약 제5항²⁵⁾에 의해 원고들의 청구권은 행사될 수 없게 되었다고 하여 피해자들의 청구를 기각했다.²⁶⁾ 나아가 최고재는 '여기서 말하는 청구권의 "포기"란, 청구권을 실제적으로 소멸시키는 것까지를 의미하는 것은 아니며, 당해청구권에 근거하여 재판상 소구할 권능을 상실시키는 것에 그친다고 해석하는 것이 상당하다. 따라서 개별구체적인 청구권에 관하여, 그 내용 등에 비추어, 채무자측에서 임의의 자발적인 대응을 하는 것은 방해하지 않는다.'라고 판시했다.

그 후 중국인피해자를 원고로 하는 모든 소송은 같은 이유로 기각되었다. 그리고 문언상 '국민이' 포기했다고 기재되어 있지 않은 중일공동성명에 의해 중국국민이 재판상 소구할 권능을 잃었다고 하는 이상, '국민의' 청구권 등에 관하여 '완전하고 최종적으로 해결되었다'는 문언이 있는 한일청구권협정에 같은 논리가 적용되는 것은 불가피하며, 한국국민의 청구도 같은 이유로 기각되는 판결이 이어졌다.²⁷⁾ 향후 한국의 일본군 '위안부' 피해자가 다시 일본에서 소송을 제기해도, 이 취지의 판결이 나올 것은 확실하다.

즉 일본 최고재판소는 실체법을 적용하여 외국인전쟁피해자의 법적 권리를 부정한 것이 아니라, 원고의 법적 권리의 유무에 관계없이, 일본에서는 외국인전쟁피해자에게는 재

24) 判例タイムズ 1240号 121면, 判例時報 1969号 28면.

25) '중화인민공화국정부는 중일 양국 국민의 우호를 위해, 일본국에 대한 전쟁배상의 청구를 포기할 것을 선언한다.'

26) 이는 체결자의 의사나 역사적 사실에도 반하며, 다만 일본에서 전후보상소송을 종결시키는 것만을 목적으로 한 정치적 판결이다. 安部好己 「サンフランシスコ平和条約と司法にアクセスする権利」 神奈川法学 第46卷 2・3 합병호(2013)는 재판을 받을 권리라는 관점으로부터 판결을 비판하고 있다. 小畑郁 「西松建設事件」 三省堂 「国際法基本判例50」 소수는 판결의 결론에는 긍정하지만, 최고재의 논리는 '뒷궁리의 노고'라 평가한다.

27) 名古屋高裁 2007년 5월 31일 판결(미츠비시나고야 조선여자근로정신대소송(三菱名古屋朝鮮女子勤勞挺身隊訴訟), 判例タイムズ 1210호 186면), 富山地裁 2007년 9월 19일 판결·名古屋高裁金沢支部 2010년 3월 8일 판결(모두 후지코시(不二越) 근로정신대 2차소송).

판상 소구할 권능이 없다고 선언한 것이다. 재판을 받을 권리에 의해 보장되어야 할 내용이 형식적인 재판의 이용으로 충분한가, 실질적인 보장의 실현을 포함하는가에 관해서는 논의가 있으나,²⁸⁾ 최고재는 외국인피해자의 재판의 이용조차 부정하고 있는 것이다.

(4) 그렇다면 일본은 외국인전쟁피해자에게 있어서는 주권국가에서 당사자가 이용할 수 있는 사법제도가 갖추어져 있지 않은 예외적인 경우에 해당하며, 한국법원은 재판을 받을 권리보장이나 앞서 기술한 보호 의무에 비추어 주권면제를 부정해야 할 것이다.²⁹⁾

4. 주권면제의 법의 소급효부정론에 관하여

또한 ICJ주권면제사건에서 독일은 현재의 법이 아니라 불법행위시의 주권면제의 법을 적용해야 한다고 주장했는데(판결은 이를 부정), 일본의 연구자 중에는 이와 마찬가지로의 해석에 의해 전후보상소송에 대한 주권면제부정을 방지해야 할 것이라는 주장이 있다.³⁰⁾

그러나 위의 주장은 그 근거 자체가 설득력이 없으며³¹⁾ 게다가 일본의 대외국민사재판권법 부칙 제2항은 재판절차의 신청시를 기준으로 소급효를 제한하고 있기 때문에, 이런 주장도 상호주의의 관점으로부터 인정되기 어려울 것이다.

V · 마치며

이상과 같이 한국의 일본군 '위안부' 피해자가 제기한 소송에 관해서는 ICJ판결 다수의 견이 인정한 관습국제법을 전제로 해도 불법행위예외에 의한 주권면제부정이 가능하다. 또 한국 헌법재판소가 인정한 보호의무, 일본 최고재판소판결에 의한 재판이용의 거부에 비추어, 재판을 받을 권리보장을 위해 주권면제를 부정해야 할 것으로 생각된다.

28) ICJ 칸사도 트린다드 반대의견 221면.

29) 불법행위예외에 의한 주권면제부정과 재판을 받을 권리보장을 위한 주권면제부정은 논리적으로도 역사적인 형성과정에서도 상관성이 없으며, 병렬하여 주장할 수 있다. 다만 불법행위예외에 의하면 법정지국은 주권면제를 '부정할 수 있음'에 대하여, 재판을 받을 권리보장을 위해서는 주권면제를 '부정하지 않으면 안 되는' 것으로 될 것이다.

30) 水島 전계 280면 이하.

31) 2차 세계대전 중의 인권침해를 '아득히 먼 옛날 일어난 일'이라 거듭 표현한 뒤, 10개국의 주권면제의 국내법 중 3개국은 행위를 기준으로 하는 불소급을 규정, 불소급에 관한 규정을 결여한 5개국(여기서는 언급되지 않지만 일본을 포함한 나머지 2개국은 신청시를 기준으로 한 불소급을 규정하고 있다) 중 캐나다에서는 행위를 기준으로 하여 불소급을 판단한 오하이오 고등법원의 재판례가 있으며, 역으로 적극적으로 소급효를 인정한 미국의 연방대법원 판결은 타국에 예가 없으므로 중시되지 않는다는 것도 인정되는데도, '소급적용을 부정하는 국제법이 존재한다고 할 수 있을 가능성이 있다'고 말한다.

참고문헌

각주에 기록한 것 외에 아래의 문헌을 참고했다.

- 水島朋則 「主權免除の國際法」 名古屋大学出版会 (2012)
- 坂卷静佳 「重大な人権侵害行為に対する国家免除否定論の展開」 社会科学研究60卷2号 (2009)
- 中野俊一郎 「国家免除原則と外国判決の承認」 信山社「EUの國際民事訴訟法判例Ⅱ」 (2013) 所収
- 濱本正太郎 「裁判を受ける権利・強行規範と主權免除」 同上所収
- 飛澤知行 「逐条解説 対外国民事裁判權法」 商事法務(2009)
- 田村光彰 「ナチス・ドイツの強制労働と戦後処理」 社会評論社 (2006)
- 吉田邦彦 「ホロコースト補償訴訟の遺産」 有斐閣 「日本民法学の新たな時代」 (2015) 所収
- 清野幾久子 「ドイツ戦後補償の法理」 法律論叢第70卷5・6号 (1998)
- 広渡清吾 「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」 朝日選書 「戦争責任・戦後責任-日本とドイツはどう違うか」(1994)所収、
- ライナー・ホフマン 山手治之訳 「戦争被害者に対する補償」 立命館法学306号 (2006)
- 田近肇 「イタリア憲法裁判所の制度と運用」 岡山大学法学会雑誌 第62卷第4号 (2013)
- 申恵丰 高木喜孝 永野貫太郎 「戦後補償と國際人道法」 明石書店 (2005)
- 山本草二 「國際法」 有斐閣 (1985)

또한 일본변호사연합회 인권위원회 일한공동행동 특별부회가 주최한 연구회에서 阿部浩己 선생으로부터 귀중한 조언을 얻었다.

Japanese Military Sexual Slavery Issue and Its 'Responsibilities'

13th August 2018

SNU Asia Center (Bldg. 101), Yongwon Hall
Seoul National University, the Republic of Korea

Organizer Ministry of Gender Equality and Family of the Republic of Korea
Law Research Institute of Kyungpook National University

Co-organizer The Research Network on Japanese Military Sexual Slavery
SNU Center for Public Interests and Human Rights Law

「慰安婦」訴訟における主権免除

山本 晴太

YAMAMOTO, Seita (Lawyer)

I はじめに

主権免除とは、主権国家は他国の裁判権に従うことを免除されるという慣習国際法上の規則である。かつては主権平等の原則から導かれる絶対的な規則であるとされたが（絶対免除主義）、国家による商業行為の発展にともない、現在では主権行為には主権免除が適用されるが業務管理行為には適用されないと理解されている（制限免除主義、大法院 1998.12.17 判決、最高裁 2006.7.12 判決）。

しかし、戦争行為は典型的な主権行為であると理解されてきたこともあって、戦後補償裁判においては主権免除は越えがたい壁であると認識され、被害者の国の裁判所に加害国を被告とする訴訟が提起されることはほとんどなかった¹。

1990年代に至ってようやく欧州の各国でドイツを被告とする訴訟が提起され、ギリシャとイタリアでは原告が勝訴した。しかし、ドイツはイタリアが主権免除を認めないのは国際法違反であるとして国際司法裁判所(ICJ)に提訴し、2012年2月3日のICJ判決²はドイツの請求を認容した。一方、韓国では2016年に日本軍「慰安婦」被害者が日本を被告として2件の訴訟を提起し（うち1件は調停から移行）、主権免除の問題が現実化した。

そこで、本稿ではヨーロッパの経験を踏まえ、韓国の「慰安婦」被害者が主権免除の壁を乗り越える可能性について検討する。

なお、主権免除の範囲を定める条約として、1972年の欧州国家免除条約、2004年の国連国家免除条約があるが、前者は加盟国が8ヶ国に過ぎず、後者は未発効である³。

¹例えば原爆被爆者とシベリア抑留被害者はアメリカ合衆国やソ連に対してではなく、条約により賠償請求権を放棄したとして日本国に補償請求した。また、日本の裁判所で日本国及び企業（新日鉄、三菱）に賠償を請求してきた韓国人強制徴用被害者らは、韓国の裁判所に提訴するにあたり、被告を企業に限定した。

² <http://www.icj-cij.org/en/case/143> に判決を含む訴訟資料の仏語・英語原文。 <http://justice.skr.jp/> に判決（多数意見、反対意見、個別意見）の日本語・韓国語拙訳

³ 30ヶ国の批准で発効するが、現在の批准国は13ヶ国である。

また、日本を含む 10 ケ国に主権免除の範囲を定める国内法がある。韓国にはこのような国内法がなく、主権免除を認めるか否かは慣習国際法に基づいて決定されることになる。

II ヨーロッパの戦後補償裁判と主権免除

1 ドイツの補償制度から取り残された被害者⁴

ドイツは第 2 次世界大戦時の被害を「補償」の対象と「賠償」の対象に分類した。前者はユダヤ人虐殺に代表される人種、宗教、世界観、政治的反対を理由とする「ナチスの不法」による迫害の被害であり、「道義的責任を果たすため」に連邦補償法などの国内法を制定した。後者は武力紛争時の民間人虐殺や強制労働など一般戦争行為による被害であり、1953 年のロンドン債務協定により、平和条約が締結されて賠償が最終的に解決されるときまで解決が猶予されたとして放置した。1990 年 9 月、東西統一を前にドイツに関する最終規定条約（いわゆる 2+4 条約）が締結されると、これをロンドン債務協定の猶予期間を終了させる平和条約であると認める裁判例も現れ、各国の被害者による賠償請求が再燃し、米国の裁判所におけるドイツ企業に対する集団訴訟を契機として 2000 年に「記憶・責任・未来」基金が発足した。しかし、同基金は戦争捕虜を対象外としており、ドイツ軍の捕虜となって移送され強制労働に従事したイタリア軍人収容者は当時本来受けるべきであった戦争捕虜としての待遇を否定されたにも関わらず、戦争捕虜であるという理由で基金の支給対象から排除された。⁵

このようにして多くの被害者が補償から取り残された。ドイツの裁判所に提訴した被害者は国際法を根拠とする請求は個人は国際法の主体ではないとして否定され、国内法による請求は戦時には一般不法行為法は適用されず補償国内法の要件にも該当しないとして否定された。

⁴ 以下、ドイツの補償制度及び同国における訴訟の経緯については、山田敏之 「ドイツの補償制度」国立国会図書館 外国の立法 34 卷 3・4 号 (1996)、葛谷彩 「ナチス時代の強制労働者補償問題」愛知教育大学地域社会システム講座社会科学論集 (49) (2011)、山手治之「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟(1)」京都学園法学 2005 年第 2・3 号、同(2)京都学園法学 2006 年第 3 号

⁵ この措置については ICJ 多数意見も「驚くべきことであり、遺憾である」と述べている (99 項)。

2 自国の裁判所への提訴

そこで、自国の裁判所にドイツを被告として提訴する被害者の動きが始まった。ICJ判決の事実認定によれば、ベルギー、スロベニア、ギリシャ、ポーランド、イタリア、フランス、セルビア、ブラジルの各国の裁判所にこのような訴訟が提起された⁶。このうち、大部分の訴訟は主権免除を理由に却下されたが、ギリシャとイタリアの国内裁判所では異なる展開となった。

3 ディストモ事件訴訟ギリシャ最高裁判決

ギリシャでは、ドイツ占領下の1944年にドイツ軍がパルチザン部隊による攻撃への報復として無関係の民間人214人を虐殺したディストモ事件⁷の被害者遺族がドイツに賠償を求めて1995年に一審裁判所に提訴した。ドイツは訴状の受取を拒否し出頭しなかったが、一審裁判所は主権免除を否定して訴訟手続を進め、1997年9月25日に原告らの請求を認容した。この段階に至ってドイツは応訴して上訴したが、2000年5月4日、ギリシャ最高裁判所は法廷地国領域内における不法行為には主権免除を適用する必要がないという不法行為例外(tort exception)を慣習国際法と認め、本件のような殺戮行為は武力紛争のカテゴリーには含まれず、強行規範に違反したドイツは主権免除を黙示的に放棄したとしてドイツの上告を棄却した。⁸

4 フェッリーニ事件等イタリア破毀院判決

イタリアでは、第2次大戦中にイタリアで捕えられてドイツで強制労働に従事したフェッリーニ氏が1998年にドイツに賠償を求めて提訴した。下級審は主権免除により却下したが、2004年3月11日、破毀院(最高裁判所)は国際犯罪には主権免除の適用はないとして原判決を破棄して一審に差し戻した。一審は時効により請求を棄却したが、控訴審で原告の請求が認められ、破棄院で確定した。フェッリーニ事件差戻判決を知ったイタリア軍人収容者を含む多数の被害者は同種の訴訟をイタリア国内裁判所に提起し、1943年にチビテッラ村でドイツ軍が行った203人の民間人虐殺事件に関するナチス親衛隊員の刑事事件を審理していた軍事裁判所もドイツに対する損害賠償を請求する附

⁶ ICJ 多数意見 73,74 項

⁷ ICJ カンサード・トリンダージ反対意見 185-186 項

⁸ 前掲山手(1)

帯私訴を認容し、これも破棄院で確定した。⁹

5 ディストモ事件原告らによる強制執行

一方、ギリシャで勝訴したディストモ事件原告らは法務大臣の不同意によりギリシャ国内での執行を妨げられ、ドイツでの執行や欧州人権裁判所への提訴を試みたが成功しなかった。そこで、2005年にイタリアでの執行の承認を請求して提訴し、2007年にフィレンツェ控訴裁判所はこれを認め、原告らはドイツがイタリア国内に所有する文化施設ヴィラ・ヴィゴニーに裁判上の抵当権を設定した。¹⁰

III ICJ 主権免除事件（独対伊）

1 ドイツの提訴

イタリアの訴訟手続で追い詰められたドイツは、2008年12月23日、イタリア裁判所による一連の主権免除否定はドイツに主権免除を与える慣習国際法上の義務に違反しているとして、イタリアの国際法違反の確認、ドイツの主権免除を侵害する決定を無効とする措置、将来の同種事件において主権免除を否定しない保証措置を求めてICJに提訴した。イタリアは欧州人権条約にもとづくICJの管轄権を認めて応訴し、ギリシャは非当事者として訴訟参加した。

2 裁判の争点

ドイツの請求に対しイタリアは主に次の二つの抗弁を主張し、これが本件の主要な争点となった。

(1) 不法行為例外

不法行為例外は主に外交官による交通事故などの処理の必要から生まれた主権免除の例外である。法廷地国の領域内における外国の不法行為による人身傷害及び財物毀損についての金銭賠償請求訴訟では主権免除を認めないという趣旨の国内判例が1960年代から蓄積され、主権免除の範囲を定める国内法を有する10ヶ国のうち日本の対外国民事裁判権法第10条を含む9ヶ国の法律と欧州国家免除条約第11条及び国連国家免除

⁹ ICJ 多数意見 27～29 項

¹⁰ ICJ 多数意見 30 項以下、前掲山手(1)

条約第 12 条にも同様の規定が採用された。

イタリアは、この規則はすでに慣習国際法となっており、イタリア領内で行われたドイツ軍の行為についてイタリア裁判所がドイツに主権免除を適用する義務はないと主張した。これに対しドイツは、不法行為例外は未だ慣習国際法とはいえ、仮に慣習国際法であったとしても、軍隊の行為には主権免除を適用するという（例外の例外としての）慣習国際法が存在すると反論した。（争点①）

(2) 重大な違反、強行規範、最後の手段

イタリアは、本件はドイツの不法行為が国際人道法に対する重大な違反であること、違反した規範が強行規範（ユス・コーゲンス）であること、そして国内裁判所が被害者が利用できる最後の救済手段であることから主権免除は適用されないと主張した。イタリアの主張する三つの要素をつなげる環は裁判を受ける権利である。イタリアは国連憲章、欧州人権条約、イタリア憲法により領域内において裁判を受ける権利を保障する義務を負う。特に、被害が強行規範に違反する重大な人権侵害であり、被害者が利用できる他の救済手段が存在しない場合には裁判を受ける権利を保障するために主権免除の適用を排除しなければならないというのがイタリアの主張である。¹¹ドイツはこれについてもそのような慣習国際法は成立していないと主張した。（争点②）

3 判決（多数意見）の判断

2012 年 2 月 3 日、ICJ は小和田恒所長をはじめとする 12 名の裁判官による多数意見で将来の保証を除くドイツの請求の大部分を認容した。争点①については、不法行為例外が慣習国際法であるか否かは判断せず、各国の国家実行（国内判例や国内法）や条約の文言等から、少なくとも武力紛争遂行過程での軍隊の行為については主権免除を適用するという慣習国際法が存在するとした。争点②については 3 つの要素を分解し、それぞれについて国家実行等の調査を根拠にイタリアの主張に沿う慣習国際法の存在を否定した。

なお、イタリア出身のガヤ特任裁判官は争点①について、ソマリア出身のユフス裁判官とブラジル出身のカンサード・トリンダージ裁判官は主に争点②について反対意見を述べた。

多数意見は、学説にほとんど配慮せず、各国の国家実行を調査して相対多数により慣

¹¹ ICJ ユスフ反対意見 7～9 項

習国際法を認定するという手法をとった。この手法によれば、発展段階の国際慣習法については常に否定的（保守的）な結論に達することになる。また、ユスフ裁判官も反対意見で指摘しているように、国家実行の調査自体がチェリー・ピッキング（結論のために都合の良い事例の抽出）であるとの批判もある。

4 判決後のイタリアの対応

ICJ 判決を受けてイタリア破毀院は判例を変更してイタリア裁判所の管轄権を否定した。また国会も 2013 年 1 月、ICJ 判決を受け入れるため、同種の事件が係属する裁判所に職権で管轄権の欠如を宣言することを義務づけ、確定判決の再審事由に管轄権の欠如を追加する法律を制定した。しかし、憲法裁判所は上記の法律はイタリア憲法が保障する裁判を受ける権利を侵害するものであって違憲であると判示した。（2014 年 10 月 22 日イタリア憲法裁判所判決）¹²。

IV 韓国「慰安婦」被害者訴訟と主権免除

1 ICJ 判決の射程

独伊の場合とは異なり日韓の間には紛争を ICJ に付託する条約上の根拠がなく、将来的に日韓の戦後補償問題が ICJ で争われる可能性は少ない。また、ICJ 規程第 59 条は「裁判所の裁判は、当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する」と規定しており、この判決が非当事国である韓国における訴訟に直接効力を及ぼすものではない。その上、多数意見は国内判例などの国家実行の相対多数によって現時点での慣習国際法を認定したに過ぎず、今後の国際法の発展にともなって ICJ 判決の趣旨と異なる国内判例が現れることは想定内であると言える。

ただし、ICJ 判決はそこで展開された主張や論理を含めて慣習国際法を認定するうえで重要な資料となるから、韓国の裁判所がこれを全く無視することはできない。一方で、日本軍「慰安婦」被害者をめぐる事実関係の下では ICJ 判決のケースとは別の規則が適用されるとすれば、その規則に関する慣習国際法を探求する必要がある。仮に安定的な慣習国際法が見いだせない場合にはいわゆるグレーゾーンとして国内裁判所がその権

¹² https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf に英語訳、<http://justice.skr.jp/> に日本語・韓国語拙訳

限内において法と条理にしたがって決定できることになるであろう¹³。

そこで、韓国と日本をめぐる事実関係の下で ICJ 判決の論理を再検討する必要がある。

2 不法行為例外（争点①）について

ICJ 判決は不法行為例外について判断しなかったが、前記のように多くの国の裁判例、国内法、条約がこの規則を認めており、これが慣習国際法であることは否定しがたいであろう。特に日本の対外国民事裁判権法第 10 条が不法行為例外を採用しており、韓国が日本国内で不法行為により人身や財物に損害を与え、損害賠償請求訴訟の被告となった場合には主権免除が否定されることになるから、相互主義的観点からも韓国裁判所は不法行為例外を認めると思われる。¹⁴

そして日本軍「慰安婦」被害者に対する加害行為の一部（欺罔又は強制による連行）は多くの場合韓国の領域内を起点として行われており、法廷地国領域内の不法行為である。

そこで、ICJ 判決の認定した「武力紛争遂行過程における」「国家の軍隊による行為」には主権免除が適用されるという慣習国際法¹⁵が問題となる。領域国の同意なく侵入した外国軍隊の行為について主権免除を認めることの合理性についてはガヤ裁判官の反対意見¹⁶を始めとして多くの批判があるが、一般的には「武力紛争時には予期し難い損害が発生し、通常の司法手続では処理不可能である」ことが肯定論の根拠であろう¹⁷。そうすると「武力紛争の遂行過程」とは法的概念ではなく事実的概念であり¹⁸、複数の武装勢力が実在して武力衝突が発生している事実上の状態を意味すると考えられる。そして多くの被害者が連行された 1930～40 年代の朝鮮半島には国境地帯を除いて日本軍に敵対する武装勢力は存在しなかったから、イタリアのケースとは異なり、この意味における「武力紛争の遂行過程」であるとは言えない。

したがって仮に争点①について ICJ 判決多数意見の立場に立つとしても、韓国の日本

¹³ ICJ ユスフ反対意見 47～48 項、ガヤ反対意見 9 項がグレーゾーンについて言及している。

¹⁴ ソウル民事地方裁判所 1994.6.22 判決は米国を被告とする契約上の過失による損害賠償事件について、米国の外国主権免除法が商業活動や米国内の不法行為を免除から除外していること、実際に米国で大韓民国を被告とした民事訴訟において免除を否定した例があることを理由に免除を否定した。

¹⁵ ICJ 多数意見 78 項

¹⁶ ICJ ガヤ反対意見第 9 項

¹⁷ 例えば、坂巻静佳 「国際司法裁判所『国家の裁判権免除』事件 判決の射程と意義」国際法研究 創刊第 1 号 (2013)

¹⁸ したがって、日本による支配が強占であるという法律的議論とは関係がない。

軍「慰安婦」被害者のケースには多数意見が認定した慣習国際法は適用されず、不法行為例外の適用により主権免除を否定することが可能である。

3 裁判を受ける権利（争点②）について

(1) 裁判を受ける権利保障の義務

国際人権規約（自由権規約）第14条第1項には欧州人権条約第6条第1項と類似の規定があり、韓国も国連憲章、国際人権規約、韓国憲法によりイタリアと同様に裁判を受ける権利を保障する義務を負っている。

しかも、憲法裁判所2011年8月30日決定は日本軍「慰安婦」被害者らに対する韓国政府の「最も根本的な保護義務」を認め¹⁹、その根拠のひとつである憲法10条は「すべての国家機関を拘束」と判示しているから、裁判所自体が被害者に対する司法保護を実現する義務を負っているといえる。

(2) 裁判を受ける権利と主権免除の国際法

i ICJの多数意見による形式的検討では無視されているが、裁判を受ける権利と主権免除の関係については下記のように少なからぬ国際判例と国家実行が存在する。

ii 実効的な代替手段を要求する欧州の判例

欧州人権裁判所 Weite & Kennedy 事件判決（1999年）では、欧州宇宙機関の裁判権免除について、裁判を受ける権利は、その権利を実効的に保護するための合理的な代替手段を当事者が利用できた場合にのみ制約することができると判示し²⁰、その後ベルギー、フランスなどで当事者が利用することができた手段を具体的に検討した上で国際機構の免除を否定する国内判例がみられるようになった。²¹

欧州人権裁判所は国家に関する事件については国際機構に関する事件とは異なり主権免除による裁判を受ける権利の制約を広く認めているが（例えば2001年アル・アドサニ事件）、これは通常の主権国家は当事者が利用できる司法制度を備えていることを前提にしているからである。国際機構の主権免除は慣習国際法ではなく専ら条約を根拠

¹⁹「例えわが憲法が制定される前の事といえども、国家が国民の安全と生命を保護すべきであるという最も基本的な義務を遂行できなかった日帝強制占領期に、日本軍慰安婦として強制動員され、人間の尊厳と価値が抹殺された状態で長期間悲劇的な生活を営まざるを得なかった被害者らの毀損された人間の尊厳と価値を回復させる義務は、大韓民国臨時政府の法統を継承した現在の政府が国民に対して負う最も根本的な保護義務に属するものである。」

²⁰ICJ ユスフ反対意見第29項。

²¹黒神直純「国際機構の免除と国際公務員の身分保障」信山社「普遍的国際社会への法の挑戦」（2013）所収 641頁

とすること、国家のように相互の関係ではないことなど、国家の場合とは相違点があるが、裁判を受ける権利と主権免除の調整についての論理は本質的に異なることはない²²。むしろ国際機構と雇用契約を締結した国際公務員の労働問題と、人道に反する罪の被害者として生命や人格を侵害された者とは、明らかに後者の要保護性が高いであろう。

iii 「テロ支援国家」の免除を否定した米国の外国主権免除法改正

また、ICJ 多数意見では「他国の立法に例を見ない」として無視されたが²³、米国では 1996 年に外国主権免除法を改正し、米国政府がテロ支援国家と認定した国家に対しては拷問や超法規的殺害などの行為については主権免除を認めないことにした。仮にこの法律が国際法上正当化されるとすれば、「テロ支援国家」にはテロ被害者を救済する司法制度が通常備えられていないということを理由とする他はないであろう。

iv これらの国際判例や国家実行は、主権国家に当事者が利用できる司法制度が備えられていないという例外的な場合については主権免除の否定が許されるという解釈が可能であることを示している。ただし、この問題について安定した慣習国際法が存在するとは言えず、前記の「グレーゾーン」に属する分野として国内裁判所に委ねられていると考えられる。

(3) 外国人被害者の裁判利用を拒否した 2007.4.27 最高裁判決

この点において、中国人「慰安婦」事件と西松建設中国人強制連行・強制労働訴訟についての最高裁判決²⁴は重要である。この判決で最高裁は、個人の請求権の解決を民事裁判上の権利行使に委ねると将来予測困難な混乱を招き、平和条約の目的達成の妨げとなるおそれがあるので、個人の請求権について民事裁判上の権利行使することはできないことにするというのが「サンフランシスコ平和条約の枠組み」であり、日中共同声明もこの枠組みの中にあるため、同第 5 項²⁵によって原告らの請求権は行使できなくなったとして被害者らの請求を棄却した²⁶。さらに最高裁は「ここでいう請求権の『放棄』

²² 欧州人権裁判所は 2013 年に国連の平和維持活動に関する Stichting Mothers of Srebrenica 事件において ICJ 主権免除判決を引用し、上記の代替性テストを行わずに主権免除を肯定した。Weite & Kennedy 事件との矛盾が指摘されるが、逆に裁判を受ける権利との関係において国際機構と国家が本質的に異なることがないことを示したともいえるだろう。同事件につき、岡田陽平「国際機構の裁判権免除と裁判を受ける権利」国際協力論集 24 巻 2 号 (2017)、水島朋則「国際司法裁判所の主権免除事件判決による現代国際法の発展」三省堂「国際裁判と現代国際法の展開」(2014)所収 288 頁

²³ ICJ 多数意見 88 項

²⁴ 判例タイムズ 1240 号 121 頁、判例時報 1969 号 28 頁

²⁵ 「中華人民共和国政府は、中日両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」

²⁶ これは締結者の意思や歴史的事実にも反し、ただ日本における戦後補償訴訟を終らせること

とは、請求権を実体的に消滅させることまでを意味するものではなく、当該請求権に基づいて裁判上訴求する権能を失わせるにとどまるものと解するのが相当である。したがって個別具体的な請求権について、その内容等にかんがみ、債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨げられない。」と判示した。

その後中国人被害者を原告とする全ての訴訟は同じ理由で棄却された。そして、文言上「国民が」放棄したと記載されていない日中共同声明によって中国国民が裁判上訴求する権能を失ったとする以上、「国民の」請求権等について「完全かつ最終的に解決された」との文言のある日韓請求権協定に同じ論理が適用されるのは不可避であり、韓国国民の請求も同じ理由で棄却される判決が続いた²⁷。今後韓国の日本軍「慰安婦」被害者が改めて日本で訴訟を提起しても、この趣旨の判決が出されることは確実である。

すなわち最高裁判所は実体法を適用して外国人戦争被害者の法的権利を否定したのではなく、原告の法的権利の有無にかかわらず、日本では外国人戦争被害者には裁判上訴求する権能がないと宣言したのである。裁判を受ける権利により保障されるべき内容が形式的な裁判の利用で足りるのか、実質的な保障の実現を含むのかについては議論があるが²⁸、最高裁は外国人被害者の裁判の利用すら拒否していることになる。

(4) そうすると日本は外国人戦争被害者にとって主権国家に当事者が利用できる司法制度が備えられていないという例外的な場合に該当することになり、韓国裁判所は裁判を受ける権利保障や前記の保護義務に照らして主権免除を否定すべきである。²⁹

4 主権免除の法の遡及効否定論について

だけを目的とした政治的判決である。阿部浩己「サンフランシスコ平和条約と司法にアクセスする権利」神奈川法学第46巻2・3合併号(2013)は裁判を受ける権利の観点から判決を批判している。小畑郁「西松建設事件」三省堂「国際法基本判例50」所収は判決の結論には肯定的だが、最高裁の論理は「後知恵の力業」とであると評している。

²⁷名古屋高裁2007年5月31日判決(三菱名古屋朝鮮女子勤労挺身隊訴訟、判例タイムズ1210号186頁)、判例時報1894号44頁)、富山地裁2007年9月19日判決・名古屋高裁金沢支部2010年3月8日判決(いずれも不二越勤労挺身隊二次訴訟)

²⁸ ICJカンサード・ドリンダージ反対意見221項

²⁹ 不法行為例外による主権免除否定と裁判を受ける権利保障のための主権免除否定は論理的にも歴史的な形成過程にも相関性がなく、並列して主張することができる。ただし不法行為例外によれば法廷地国は主権免除を「否定することができる」のに対し、裁判を受ける権利保障のためには主権免除を「否定しなければならない」ことになるであろう。

また、不法行為例外の適用は法廷地国領域内での不法行為に限定されるのが一般的であり、法廷地国の領域外から領域外に連行された被害者への適用には困難がある。ICJにおいてもこのような被害者は争点①の対象外であるとイタリアは述べている。

なお、ICJ 主権免除事件でドイツは現在の法ではなく不法行為時の主権免除の法を適用すべきであると主張した（判決はこれを否定）が、日本の研究者の中には同様の解釈によって戦後補償訴訟に対する主権免除否定を防止すべきであるとの主張がある。³⁰

しかし上記の主張はその根拠自体が説得的でないうえ³¹、日本の対外国民事裁判権法附則第2項は裁判手続の申立時を基準として遡及効を制限しているから、このような主張も相互主義の観点から認められ難いであろう。

V まとめ

以上のように、韓国の日本軍「慰安婦」被害者が提起した訴訟については ICJ 判決多数意見が認定した慣習国際法を前提としても不法行為例外による主権免除否定が可能である。また、韓国憲法裁判所の認めた保護義務、最高裁判所判決による裁判利用の拒否に照らし、裁判を受ける権利保障のために主権免除を否定すべきであると考えられる。

³⁰水島前掲 280 頁以下、

³¹ 2 次大戦中の人権侵害を「はるか遠い昔の出来事」と繰り返し表現した上で、10ヶ国の主権免除の国内法をのうち3ヶ国は行為時を基準とする不遡及を定め、不遡及に関する規程を欠く5ヶ国（ここでは言及されていないが日本を含む残る2ヶ国は申立時を基準とする不遡及を定めている）のうちカナダには行為時を基準として不遡及を判断したオハイオ高等裁判所の裁判例があり、逆に積極的に遡及効を認めた米国の連邦最高裁判決は他国に例がないので重視しないことも認められるので、「遡及適用を否定する国際法が存在すると言える可能性がある」と言う。

参考文献

脚注に記したもののほか、下記の文献を参考にした。

水島朋則 「主権免除の国際法」 名古屋大学出版会 (2012)

坂巻静佳 「重大な人権侵害行為に対する国家免除否定論の展開」 社会科学研究 60 巻 2 号 (2009)

中野俊一郎 「国家免除原則と外国判決の承認」 信山社 「EU の国際民事訴訟法判例 II」 (2013) 所収

濱本正太郎 「裁判を受ける権利・強行規範と主権免除」 同上所収

飛澤知行 「逐条解説 対外国民事裁判権法」 商事法務(2009)

田村光彰 「ナチス・ドイツの強制労働と戦後処理」 社会評論社 (2006)

吉田邦彦 「ホロコースト補償訴訟の遺産」 有斐閣 「日本民法学の新たな時代」 (2015) 所収

清野幾久子 「ドイツ戦後補償の法理」 法律論叢第 70 巻 5・6 号 (1998)

広渡清吾 「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」 朝日選書 「戦争責任・戦後責任—日本とドイツはどう違うか」 (1994) 所収、

ライナー・ホフマン 山手治之訳 「戦争被害者に対する補償」 立命館法学 306 号 (2006)

田近肇 「イタリア憲法裁判所の制度と運用」 岡山大学法学会雑誌第 62 巻第 4 号 (2013)

申恵丰 高木喜孝 永野貫太郎 「戦後補償と国際人道法」 明石書店 (2005)

山本草二 「国際法」 有斐閣 (1985)

なお、日弁連人権委員会日韓共同行動特別部会主催の研究会において阿部浩己先生から貴重な助言をいただいた。

[→HOME](#)